

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건	2017다3499 근저당권말소등기 등
원고, 상고인	원고 소송대리인 법무법인 광고 담당변호사 이종업
피고, 피상고인	경기남부수산업협동조합 소송대리인 법무법인 화산 담당변호사 안상순 외 2인
원 심 판 결	수원지방법원 2016. 12. 16. 선고 2015나42503 판결
판 결 선 고	2017. 6. 8.

주 문

상고를 기각한다.

상고비용은 원고가 부담한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 상고이유 제1, 2점

가. 법률행위에 따라 권리가 이전되려면 권리자 또는 처분권한이 있는 자의 처분행위가 있어야 한다. 무권리자가 타인의 권리를 처분한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 권리가 이전되지 않는다. 그러나 이러한 경우에 권리자가 무권리자의 처분을 추인하는 것도 자신의 법률관계를 스스로의 의사에 따라 형성할 수 있다는 사적 자치의 원칙에 따라 허용된다. 이러한 추인은 무권리자의 처분이 있음을 알고 해야 하고, 명시적으로 또는 묵시적으로 할 수 있으며, 그 의사표시는 무권리자나 그 상대방 어느 쪽에 해도 무방하다(대법원 1964. 6. 2. 선고 63다880 판결, 대법원 2001. 11. 9. 선고 2001다44291 판결 등 참조).

권리자가 무권리자의 처분을 추인하면 무권대리에 대해 본인이 추인을 한 경우와 당사자들 사이의 이익상황이 유사하므로, 무권대리의 추인에 관한 제130조, 제133조 등을 무권리자의 추인에 유추 적용할 수 있다. 따라서 무권리자의 처분이 계약으로 이루어진 경우에 권리자가 이를 추인하면 원칙적으로 그 계약의 효과가 계약을 체결했을 때에 소급하여 권리자에게 귀속된다고 보아야 한다.

나. 원심판결에 의하면, 다음의 사실을 알 수 있다.

(1) 원고는 소외 1의 모친으로서 평택시 (주소 생략) 2,882㎡ 토지(이하 '이 사건 토지'라 한다)의 소유자이다.

(2) 소외 1은 2010. 12. 21.경 피고 조합에 입사하여 근무했고, 소외 2는 소외 1과는 친구 사이로 1993. 2. 20.경 피고 조합에 입사하여 피고의 ○○○ 지점장으로 근무하다가 2013. 8. 14.경 퇴사하였다.

(3) 소외 2와 소외 1은 공모하여 원고 명의의 대출거래약정서, 근저당권설정계약서 등을 위조하고 이를 행사해서 이 사건 토지에 관하여 2012. 5. 18. 피고 앞으로 채무자

원고, 채권최고액 3억 2,200만 원인 근저당권설정등기(이하 '제1근저당권설정등기'라 한다)를 하고 2억 3,000만 원을 대출받았다. 이후 원고는 소외 2와 소외 1을 사문서위조, 사기 등으로 고소하였고, 이들은 유죄판결을 받았다.

(4) 제1근저당권설정등기가 된 후 2012. 5. 21. 관련 법규에 따라 그 설정자인 원고에게 등기완료통지가 되었다.

(5) 피고는 제1근저당권설정등기의 담보대출금 2억 3,000만 원에 대한 이자 납입이 연체되자, 2012. 8. 하순 원고에게 대출금채무와 관련하여 기한의 이익 상실 예고통지를 하였고, 그 이후에도 연체가 계속되자 원고에게 대출금 이자납입을 독촉하고 2012. 11. 16. 이 사건 제1근저당권설정등기에 기한 임의경매 실행예정 통지를 하였으며, 원고는 2012. 11. 19. 이를 직접 수령하였다.

(6) 원고는 2012. 12. 31. 직접 피고의 ○○○ 지점을 방문하여 관련 서류(대출거래 약정서, 근저당권설정계약서)에 자필 서명한 다음 이 사건 토지에 관하여 피고 앞으로 채무자 원고, 채권최고액 1,680만 원인 근저당권설정등기(이하 '제2근저당권설정등기'라 한다)를 하고 1,400만 원을 대출받아 그중 13,237,000원을 제1근저당권설정등기의 피담보대출금의 이자로 납부하였다.

다. 위 인정사실에 의하면, 원고는 제1근저당권설정등기에 관한 등기완료통지를 비롯한 각종 통지를 통해서 무권리자인 소외 2 등이 제1근저당권설정등기를 하고 대출을 받았다는 사실을 알게 되었다고 할 것이다. 그 후 원고가 이 사건 토지에 관하여 피고 앞으로 제2근저당권설정등기를 하고 1,400만 원을 대출받아 그 대부분을 제1근저당권의 담보대출금 이자로 납부하였으므로, 이는 제1근저당권설정등기와 담보대출의 효과가 자신에게 유효하게 귀속됨을 묵시적으로 인정한 것으로 볼 수 있다. 이처럼 원고가

무권리자인 소외 2 등의 처분을 추인함으로써 제1근저당권설정등기와 담보대출의 효력이 원고에게 귀속된다고 보아야 한다.

라. 원심은, 원고가 제1근저당권설정등기에 따른 법률효과를 자신에게 귀속시키도록 하는 의사를 피고에게 표시하였다고 보아 '무권대리의 추인'에 관한 피고의 항변을 받아들였다. 이러한 원심의 판단은 '무권리자의 처분에 대한 추인'을 '무권대리의 추인'으로 잘못 파악한 것이지만, 피고의 추인 항변을 받아들인 결론은 수긍할 수 있다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 추인에 관한 법리를 오해하는 등으로 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

### 2. 상고이유 제3점

원고는 원심이 피고의 ○○○ 지점장 소외 3의 허위 증언을 그대로 믿어 사실 인정을 한 잘못이 있다고 주장한다. 그러나 원고의 이 주장은 결국 사실심인 원심의 전권 사항에 속하는 증거의 취사선택과 사실인정을 탓하는 것이어서 적법한 상고이유로 볼 수 없다.

### 3. 상고이유 제4점

원고는 소외 3의 기망행위로 제2근저당권설정등기와 대출거래약정을 한 것으로, 사기를 이유로 이를 취소하였고 이에 따라 추인의 효과도 소급해서 효력을 상실하였다고 주장하였음에도 원심이 그 판단을 누락한 잘못이 있다고 주장한다.

기록상 원고가 소외 3의 기망행위로 제2근저당권설정등기와 대출거래약정을 하였다고 볼 만한 사정이 보이지 않는 상황에서, 원심이 이에 관하여 명시적으로 판단하지 않았다고 하여 원심판결에 판단누락으로 인해 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다고 볼 수 없다.

#### 4. 상고이유 제5점

원고는 소외 2의 사문서위조 등의 불법행위로 인해 대출금 2억 3,000만 원의 손해를 입었고, 그 사용자인 피고는 이를 배상할 책임이 있어 제1근저당권설정등기의 피담보채무는 전액 소멸되어 제1근저당권설정등기가 말소되어야 한다고 주장한다.

그러나 원심은 원고의 추인으로 제1근저당권을 설정한 행위가 더 이상 불법행위를 구성하지 않는다고 보아 소외 2의 근저당권설정행위가 불법행위에 해당함을 전제로 한 원고의 주장을 배척하였다.

원고가 무권리자의 처분에 대한 추인을 통해서 제1근저당권설정등기와 담보대출의 효력이 원고 본인에게 미친다고 하더라도 소외 2 등에 대한 불법행위에 기한 손해배상청구권 또는 피고에 대한 사용자책임에 기한 손해배상청구권을 포기한 것으로 볼 수는 없다. 원고가 소외 2와 소외 1을 사문서위조, 사기 등으로 형사 고소까지 한 점에 비추어 보아도 위와 같은 손해배상청구권을 포기하였다고 볼 수는 없다.

그러나 원심판결 이유와 기록에 의하면, 소외 2와 소외 1이 공모해서 이 사건 토지에 관하여 제1근저당권설정등기를 하면서 대출받은 2억 3,000만 원 중 1억 4,900만 원이 이 사건 토지와 소외 1 소유의 토지에 피고 앞으로 설정되어 있던 기존 근저당권부채무의 원리금을 변제하는 데 사용되었고, 그로 인해 기존 근저당권이 말소된 사실을 알 수 있다. 따라서 소외 2 등의 불법행위로 인하여 원고가 입은 손해가 대출금에 해당하는 2억 3,000만 원이라고 볼 수 없고, 제1근저당권설정등기의 피담보채무가 전액 소멸하였다고 볼 만한 사정도 없다. 원심이 불법행위에 의한 손해배상책임의 발생에 관한 법리를 오해한 점은 있다고 하겠지만 이 부분 원고의 주장을 배척한 결론은 정당하므로 판결 결과에 영향을 미친 위법이 없다.

## 5. 결론

원고의 상고는 이유 없어 이를 기각하고, 상고비용은 원고가 부담하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장            대법관            박보영

                  대법관            권순일

주    심            대법관            김재형